

ções de um direito pouco evoluído. Como comprovação histórica, além do processo germânico, basta recordar o formalismo exagerado dos primórdios do processo romano, no período das *legis actiones*, e o existente também no direito mussulmano, que "estabeleceu a mais extensa construção das presunções legais, daí se originando a mecanização da prova, cujo onus era previamente estabelecido através de um casuismo exuberante" (4). Talvez este formalismo explique, mas não justifique, a atual lei processual do Marrocos Espanhol, em que "o impulso está subtraído à atividade das partes, mediante um jôgo de prazos perentórios, de caducidade automática, que imprimem novo ritmo ao processo" (5).

Se o excesso de preclusões é condenável, porque destumaniza o processo, porque o transforma em máquina de expelir despachos, não é possível, entretanto, bani-las totalmente do direito processual (6). Inexato também é o princípio romano de sobreviverem à sentença todas as nulidades.

Solução certa, portanto, será a que subordinar a preclusão à natureza da questão versada. Desta forma, dosar-se-ão as necessidades de economia e certeza com os preceitos da justiça, dentro de um esquema imposto pelas exigências da realidade.

Tudo dependerá de harmonizar os princípios, através de distinções necessárias.

## 2. — Quais os efeitos do despacho saneador?

Inicialmente, cumpre distinguir os despachos saneadores ordinatórios, dos decisórios. Embora nos pri-

(4) — ORTIZ, *Derecho Musulmán*, ed. Labor, pág. 84.

(5) — COUTURE, *O principio de liberdade no sistema do processo civil*, Rev. Forense, vol. 116, pág. 25.

(6) — CHIOVENDA, *Cosa Juzgada y Competencia*, loc. cit., pág. 210.

meiros se contenha uma decisão implícita (7), nenhum efeito produzem sobre a questão, mas apenas sobre a marcha do processo, impulsionando-o, no sentido do suprimento ou não suprimento do vício, até um segundo despacho saneador, explicitamente decisório.

Seguem êles a regra tradicional de que as interlocutórias simples irrecuráveis podem ser reconsideradas por seu prolator, a fim de retificar o *error in procedendo* (8). Assim, se o juiz ordenar o suprimento de um vício, pode posteriormente reconsiderar a ordem e julgar o processo saneado, se se convencer da inexistência do defeito.

3. — Os despachos saneadores decisórios, ao contrário dos ordinatórios, provocam duas categorias de efeitos — uns sobre a questão decidida, outros sobre o processo.

Os produzidos sobre a questão decidida supõem, evidentemente, que o despacho não tenha sido impugnado, pois a existência do recurso lhe impede eficácia definitiva em relação à matéria julgada.

Quais são êses efeitos?

A pergunta não comporta resposta uniforme. Sendo o despacho saneador ato extremamente complexo, de conteúdo variável e heterogêneo, seus efeitos dependerão da natureza da questão (9).

(7) — V. pág. 105.

(8) — JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, *Agravo no Auto do Processo*, Belo Horizonte, 1949, págs. 60/61; COUTURE, *Fundamentos* cit., pág. 219.

(9) — No mesmo sentido, BATISTA MARTINS, *Comentários*, vol. III, n.º 313, pág. 423.

Pode, assim, provocar coisa julgada, causar preclusão, como também deixar de produzir qualquer desses efeitos.

Fará coisa julgada o despacho que decretar a cadência da ação por faltarem ao autor as condições de exercício, relativas à possibilidade jurídica do pedido e à legitimação para a causa; assim como terá o mesmo efeito o que acolher defesa do réu baseada em fato extintivo do pedido (prescrição, compensação, novação, preempção, coisa julgada, pagamento, transação, etc.) (10).

Qualquer dessas decisões não só julgará o mérito da pretensão, repelindo-a por desamparo legal, como porá termo definitivo ao litígio. Seus efeitos se projetam, assim, além do processo, impedindo a renovação da demanda entre as mesmas partes, em torno do mesmo objeto, e pelo mesmo título. E' quanto basta para caracterizar a coisa julgada.

4. — Quando a matéria decidida tiver repercussão puramente processual, nada influido sobre a *res litigiosa*, costuma a doutrina atribuir à decisão efeitos preclusivos, no sentido de não se poder renovar a questão no mesmo processo.

Assim, afirma CHIOVENDA que, "para as questões decididas numa sentença interlocutória (tornada, por sua vez, definitiva, no sentido de que não seja mais impugnável), fica preclusa a faculdade de renová-las no curso do mesmo processo". Em nota, acrescenta LIEBMAN que "essa regra aplica-se indubitavelmente aos despachos interlocutórios, inclusive o despacho sancionador,

(10) — V. pág. 150. O que declarar o autor carecedor da ação por falta de interesse, não fará coisa julgada material, provocará simples preclusão (v. pág. 91).

os quais — pôsto que não tenham efeito de coisa julgada (art. 288, C. P. C.) — produzem, se não recorridos ou não recorríveis, a preclusão das questões decididas, que tem efeito para todo o processo no qual foram proferidos" (11).

E D'ONOFRIO resolve o dilema desta forma: "O il giudice può (e deve) riesaminare le preclusioni già verificatesi, per vedere se esse siano per avventura fondate su di un errore di diritto ed in tal caso correggerle; o non lo può. La prima tesi annullerebbe del tutto la funzione della preclusione ed è pertanto insostenibile. Ma deve essere respinta in pieno, perché non ha rilevanza giuridica l'accertare se la preclusione si verificò per esatta o per inesatta applicazione della legge" (12).

A nosso ver, é impossível resolver satisfatoriamente o problema, sem distinguir em função da natureza das questões decididas. O próprio LIEBMAN, sem dúvida dos defensores mais radicais do automatismo preclusional, dête ressalva "as questões que possam alegar-se em qualquer tempo (como a incompetência *ratione mate-*

(11) — *Instituições cits.*, vol. I, pág. 522. LIEBMAN reafirma a opinião em *Decisão e Coisa Julgada*, Rev. Forense, vol. 109, pág. 333. No mesmo sentido, MACHADO GUIMARÃES, A *Revisão do Cod. de Proc. Civil*, Rev. Forense, vol. 114, pág. 11; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, vol. 3.º, pág. 110; MARTINHO GARCÉS NETO, *Despacho Sancionador — Aplicações e Deturpações*, Rev. Forense, vol. 101, pág. 449; BUZÁID, *Do Agravo no Auto do Processo*, in *Revista de Derecho Procesal*, 1951, vol. 1.º, pág. 152; DE PLACIDO E SILVA, *Comentários*, 3.ª ed., vol. I, n.º 767, pág. 585. Idem, para o direito português, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo*, págs. 193 e seqs. Ainda no mesmo sentido, em termos gerais de doutrina, BALZANO, *Acquiescenza, parti di sentenza e questioni rilevabili d'ufficio*, *Riv. di Diritto Processuale*, 1951, II parte, pág. 225. Com restrições, ODILON DE ANDRADE, *Comentários*, vol. IX, págs. 294/295.

(12) — D'ONOFRIO, *Legge interpretativa e preclusione*, in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1933, parte II, págs. 237/238.

riae)" (13) e as nulidades que denomina *ipso jure*, como a falta de citação (14).

Os mesmos princípios que nos nortearam na solução dos problemas das nulidades processuais e da atividade saneadora do juiz, hão-de fornecer as distinções indispensáveis para a sistematização racional do tema das preclusões no curso do processo, de modo a se satisfazerem as exigências da realidade, sem a imposição dogmática de regras *a priori*.

Esquematzamos as nulidades processuais desta maneira:

- a) Nulidades absolutas — infração de norma imperativa que visa ao interesse público.
- b) Nulidades relativas — infração de norma imperativa, protetora do interesse da parte.
- c) Anulabilidades — infração de norma dispositiva em relação à parte.

A violação de normas imperativas, ao contrário do que ocorre com a anulabilidade, deve ser declarada de-ofício pelo magistrado. Enquanto, porém, a ofensa a lei reclamada pelo interesse público provoca nulidade insanável, a infração de preceito imperativo ditado em consideração a interesse de parte impele o juiz a tentar o suprimento, antes de declarar a nulidade.

Ora, o problema da preclusão de decisões *no curso do processo* é substancialmente diverso do problema da preclusão das decisões *terminativas*. Enquanto nestas o magistrado *esgota a jurisdição*, extinguindo a relação processual, naquelas *ele conserva a função jurisdiccional*, continua preso à relação do processo.

(13) — Nota a CHIOVENDA, cit., loc. cit., pág. 524.

(14) — LIEBMAN, *Citação inicial — nulidade ategada em embargos à execução*, Rev. Forense, vol. 101, págs. 294/295.

Em face desta premissa, a pergunta se impõe: Poderá o magistrado, que conserva a jurisdição, fugir ao mandamento de norma imperativa, que o obriga a agir de-ofício, sob pretêxto de que a decisão interlocutória precluiu? Reconhecido o próprio êrro, poderá a falta de impugnação da parte impedi-lo de retratar-se? Terá esta, com sua anuência, tal poder de disposição sobre a atividade ulterior do juiz?

A resposta, evidentemente, no caso, deve ser negativa. Se o juiz conserva a jurisdição, para êle não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa.

Dai se conclui que a preclusão *no curso do processo* depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação.

Comprovemos, porém, a exatidão da tese, mediante o exame de casos concretos.

5. — Inicialmente, consideremos questões relativas à nulidade absoluta do ato processual.

Poderá precluir a decisão que repele nulidade dessa ordem? Evidentemente, não. Verificado o êrro, a qualquer tempo deverá o juiz retratar-se, a fim de cumprir a norma imperativa ditada pelo interesse público. Assim, embora haja pronúncia judicial no sentido da validade do ato, poderão ser sempre reexaminadas questões relativas à incompetência absoluta, à suspeição, à

litispendência (15), à ausência de juízo prejudicial necessário, à falta de personalidade da parte, à prática de ato do ofício por não-serventuário, à fraude do processo. Tais vícios tornam absolutamente nulo o ato processual, e a decisão interlocutória que erroneamente o considerasse válido nenhuma eficácia teria.

Em outras palavras, o despacho saneador não terá efeito preclusivo sempre que der pela legitimidade de ato absolutamente nulo. Da mesma forma, se proclamar a nulidade, sem extinguir a relação processual. A qualquer tempo poderá ser reconsiderada ou reformada a decisão. Se terminativo, porém, passará o despacho formalmente em julgado, na ausência de impugnação.

6. — Precluirá a decisão interlocutória sobre nulidades relativas? Poderá ou não reformá-la o juiz que julgou questões concernentes à falta ou nulidade de citação inicial, de representação, de assistência, de autorizações; que tiver rejeitado o pedido de citação de litisconsortes necessários ou do órgão do Ministério Público?

A resposta novamente será negativa à preclusão. Quanto à citação inicial, já temos o depoimento insupesto de LIEBMAN, antes referido. Embora a dê como

(15) — PONTES DE MIRANDA, baseado em POLLAK, nega efeito de nulidade absoluta à litispendência: "A nulidade do processo, que infringiu a litispendência de outro, é sanável, pois que — se é anulado o primeiro processo instaurado, ou nêle foi absolvido o réu, etc. — o segundo processo prosegue" (*Comentários*, vol. II, pág. 298). O argumento induz a sanabilidade da ausência do pressuposto, o que é contraditório. Se o primeiro processo é anulado, *deixa de existir* litispendência. Cessada a causa, cessa o efeito, em razão de imperativo elementar de economia processual. Desaparecida a litispendência, não há motivo para que se anule o segundo processo. Mantido, porém, o pressuposto da dualidade de processos iguais, o último será sempre desenganadamente nulo.

válida, pode o juiz a qualquer tempo reconsiderar o despacho, desde que o interessado, insuprido o vício, prove a ausência ou a nulidade do ato.

Com referência à legitimidade processual, deve-se distinguir. Se o juiz der pela falta do pressuposto, exceção feita do disposto no art. 275 (16), ordenará o sumprimento, na forma dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do C.P.C. Se a parte não suprir a falta, decretará a nulidade do processo (§ 3.º). Decisão terminativa da relação processual, precluirá, na ausência de recurso.

Se, porém, der pela legitimidade, e se, posteriormente, surgir prova incontestável, por exemplo, de que o autor de ação real era casado e não exibira a outorga uxória; ou a autora, dada por solteira, era na verdade casada; ou, então, sendo o autor interdito, não fórra assistido por seu curador — estará o juiz impedido de reformar a decisão, sob o pretéxto da necessidade de certeza e da onipotência das preclusões?

A resposta afirmativa, exceção feita dos dispositivos legais que a autorizam por outros motivos (arts. 275 e 278, § 2.º, do C.P.C.), seria levar muito longe o mecanicismo das soluções e o desrespeito a lei imperativa.

O simples fato da possibilidade de recurso não autoriza afirmar, dogmáticamente, como LIEBMAN (17), que a modificação da interlocutória só se admitirá mediante impugnação legal, de tal forma que, na ausência desta, se opere a preclusão imediata do despacho, inclusive para o juiz.

Reiteramos a pergunta: Qual o valor da aquiescência da parte para a definitividade da decisão interlocutória, de sorte a privar o magistrado, que conserva a

(16) — V. págs. 126 e 129.

(17) — LIEBMAN, *Decisão e Coisa Julgada*, Rev. Forense, vol. 109, pág. 332.

jurisdição, da possibilidade de retratar-se? Pode a parte impedir, com sua concordância ao despacho, que o juiz reexamine a matéria julgada?

Há que distinguir, como acima o fizemos. Para que tal ocorra, se torna indispensável que os litigantes tenham poder de disposição sobre a matéria decidida. Inexistente esse poder, nada impedirá o juiz de retratar-se, se fôr o caso.

Para confirmar o nenhum valor da aquiescência em matéria indisponível, basta que se indague: Qual o efeito do assentimento das partes para "convalidação" de uma nulidade absoluta, erroneamente operada por despacho do juiz? E, da mesma forma, que importância terá, para sanar-se a ilegitimidade processual do autor, a não impugnação do réu? Poderia ele dispor da capacidade daquêle, de si indisponível para o próprio interessado e também para o juiz?

Ao contrário, portanto, do que, em termos gerais, sustenta MINOLI em notável monografia (18), se nos afigura irrecusável a conclusão de que, *no curso do processo*, nenhum efeito produz a aquiescência a decisões sobre matéria indisponível.

Assim, a exemplo do que acontece com as nulidades absolutas, não preclui o despacho saneador que der pela inexistência de nulidades relativas.

Se a impossibilidade de o juiz retratar-se não nasce do não uso do recurso, isto é, da aquiescência da parte, vejamos se existe obstáculo legal que impeça o reexame.

Novamente ocorre LIEBMAN em defesa de sua tese, apontando, no direito brasileiro, a norma do art. 289

(18) — MINOLI, *L'Acquiescenza nel Processo Civile*, Milão, 1942, pág. 281. O argumento de MINOLI estará certo, porém, em relação às decisões terminativas, sobre as quais a aquiescência gera, ao menos, a preclusão.

do C.P.C.: "A regra do art. 289, que veda ao juiz decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, estende-se também aos despachos interlocutórios *stricto sensu*, no sentido — explanado acima no texto — de que se forma sobre as questões néle decididas, qual quer que seja sua natureza, uma preclusão que impede ressuscitar a discussão sobre elas no curso do mesmo processo, ressalvada unicamente a possibilidade de um recurso, quando fôr permitido" (19).

A interpretação pretendida naufraga à simples consideração literal do texto: "Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide". Ora, "lide" tem um significado processual inequívoco, que o legislador brasileiro de 1939 não poderia ignorar. E' o conflito *material* de interesses, qualificado pelos pedidos contraditórios das partes, ou seja, o mérito da causa, segundo a própria definição de LIEBMAN (20).

E a confirmação de que o Código usou, com conhecimento de causa, o vocábulo "lide", têmo-la na interpretação de BATISTA MARTINS, autor do ante-projecto. Ao comentar o art. 289, em nenhum momento se refere à proibição de reexame das decisões interlocutórias, limitando-se a afirmar que nesse artigo "se contém a regra da imutabilidade da *sentença*". Muito ao contrário, a possibilidade de retratação das interlocutórias é por êle defendida, até com exagero, quando trata do despacho saneador (21).

(19) — Nota às *Instituições de CHIOVENDA*, vol. I, pág. 523. Acompanham-no LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil*, vol. 3.º, n.º 95, pág. 110; JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO, *Agravo no Auto do Processo*, pág. 65, e PONTES DE MIRANDA, este com reservas, *Comentários*, vol. II, pág. 368. Contra: BATISTA MARTINS, *Comentários*, vol. III, n.º 313, págs. 423 e 424.

(20) — LIEBMAN, *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, Rev. Forense, vol. 104, págs. 222/223.

(21) BATISTA MARTINS, *Comentários*, vol. III, n.º 277 pág. 357, e n.º 313, pág. 424.

Indiscutivelmente, o que se veda no art. 289 é o duplo julgamento da questão relativa ao mérito do pedido, ressalvadas as exceções que menciona.

Aliás, se os simples métodos literal e histórico não servissem para desamparar a indevida e generalizada extensão desse texto às interlocutórias, a interpretação lógica e teleológica a destruiria, pela consideração, acima feita, do valor relativo das preclusões, tendo em vista que a natureza diversa das questões decididas exige, no que concerne à eficácia do despacho, tratamento variado para hipóteses distintas.

Dir-se-á que a existência do recurso prova o caráter preclusivo do despacho.

O argumento, em sua generalização, é sofisticado. O recurso existe porque o despacho, *conforme a natureza da questão*, pode precluir ou fazer coisa julgada. Quando tais efeitos não se gerarem, a impugnação formal, a rigor, poderia inexistir.

7. — Estamos agora habilitados a indicar o efeito do despacho que repele a arguição de carência de ação por falta de condições de exercício (possibilidade jurídica, legitimação para a causa, interesse), ou a defesa baseada em fato extintivo do pedido (prescrição, transação, etc.) (22).

Vimos que, acolhidas tais defesas, exceção feita da falta de interesse, o saneador, na ausência de recurso, produzirá coisa julgada, porque decisório da lide (23).

(22) — Sobre a distinção entre *provvedimento che dispone sul processo e provvedimento che dispone sulla lite*, v. CARNE-LUTTI, *Lezioni*, III, n.º 166, e *Ritardo delle impugnazione di sentenze non definitive*, in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1929, parte II, pags. 246/247.

(23) — V. pág. 158.

Trata-se, agora, de investigar o efeito da decisão que as rejeitar, determinando, com isto, a continuação do processo. Fará ela, também, coisa julgada?

A resposta, em doutrina, deve ser negativa, porque a simples solução de um ponto de direito ou de fato favoravelmente ao autor não põe fim ao litígio (24). Quando muito, poderia ser um dos motivos da sentença, na hipótese de favorecer também a êste a decisão das demais questões. De qualquer forma, com a solução isolada de alguma delas no despacho saneador, não se julgaria definitivamente a controvérsia, a *res litigiosa* entre as partes.

No direito brasileiro, porém, existe a norma categórica do art. 289 do C.P.C., que proíbe a qualquer juiz nova decisão de questões já decididas relativas à mesma lide.

Em nosso entender, só se pode fixar o alcance do preceito, mediante uma distinção prévia.

No que concerne à lide, há questões disponíveis, outras, porém, indisponíveis para as partes.

Entre as primeiras, se arrolam todas as que se incluem, exclusivamente, na relação *material*. Como pertence aos litigantes a disponibilidade do direito material, a ausência de recurso a decisão interlocutória de questão exclusiva dessa ordem importa renúncia tácita. Dai se justificar, no caso, a proibição de o juiz julgar novamente a mesma questão.

Acontece, entretanto, que certas questões relativas ao mérito interessam fundamentalmente à relação *processual* — são elas a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação *ad causam*. Ora, como as condições da ação integram o título do direito de agir, isto é, do di-

(24) — CHIOVENDA, *Cosa Juzgada y Preclusión*, in *Ensayos* cits., vol. III, pág. 231.

reito de pleitear legitimamente em juízo a prestação jurisdicional do Estado, interessa à autoridade judiciária, como dever indeclinável do ofício, investigar da existência ou não desse título. Por este motivo, as questões a êle relativas são indisponíveis, insuscetíveis, mesmo, de transação.

Nesta matéria, a ausência de recurso contra decisão interlocutória nenhuma eficácia terá. Continua a impedir ao juiz, enquanto perdurar a jurisdição, a obrigação primordialíssima de perquirir dos pressupostos que legitimam o direito de ação. Se, acaso, em despacho irrecorrido, tiver considerado existentes tais condições, nem por isto ficará isento do dever de retratar-se, na hipótese de êrro. Não poderá, mesmo, decidir as demais questões de mérito, se o autor carecer do título para agir. Pois que o título é que condiciona a solução daquelas questões. Se dêle estiver desprovido o autor, impedido ficará o juiz de prestar a obrigação correspondente, pela ausência de conflito legítimo entre as partes. Só lhe cumpre declarar a carência da ação, sem se pronunciar sobre as questões prejudicadas. Absurdo seria, por exemplo, que um juiz, após reconhecer qualidade ao autor, em ação para contestar legitimidade de filho, não pudesse retificar o êrro diante de provas categóricas de que o mesmo autor não era a pessoa a quem a lei concede o direito de agir, e que, por isto, diante de uma absurda preclusão, se visse forçado a julgar a questão de estado relativa ao suposto filho.

Impõe-se, portanto, concluir que o preceito proibitivo do art. 289 não se aplica à decisão sobre matéria referente às condições da ação. Sendo estas indisponíveis, constituindo prejudiciais indeclináveis, a serem pronunciadas de-ofício pelo juiz, a qualquer tempo, não

pode evidentemente precluir a decisão que der, erroneamente, pela existência de tais condições (25).

Feita esta ressalva, tódas as demais decisões *in merdium litis*, favoráveis ao autor, sobre questões de mérito, em face do direito brasileiro, não só precluem, como adquirem a autoridade da coisa julgada, pois que produzem efeito além do processo. Assim, por exemplo, se o autor desistisse da ação, depois de o juiz repelir defesa baseada em fato extintivo do pedido (transação, coisa julgada, etc.), estaria o réu impedido de, em novo processo, renovar a matéria julgada, exceto se mutável o estado de fato, como ocorre com a prescrição.

Estas conclusões, repetimos, resultam da norma estabelecida pelo art. 289 de nosso Código, cuja aplicação limitamos às questões disponíveis. Em boa doutrina, porém, a *res judicata* constitui efeito privativo da decisão final da lide; não, de um ponto isolado favorável ao autor.

8. — A decisão a respeito de fatos suspensivos não fará coisa julgada. Não integram êles o mérito da ação. Ao dar pela necessidade de notificação prévia, ou de depósito, ou pela falta de mora, por exemplo, o juiz não julga o pedido. Confessa, sim, a impossibilidade de apreciá-lo, em virtude da existência de condição suspensiva da ação. Neste caso, a decisão será terminativa, de efeito meramente preclusivo.

Se, porém, repelir a defesa preliminar, cumpre distinguir.

Há condições suspensivas que visam ao interesse do réu e que, portanto, para êste, constituem matéria

(25) — Inclusive a que se pronunciar pela existência de interesse.

disponível. Assim, por exemplo, a notificação prévia, o direito de retenção, o *beneficium excussionis*, a falta de mora. Se o juiz rejeitar defesa prejudicial dessa ordem, a ausência de impugnação importa conformidade ou renúncia tácita em matéria disponível. A decisão precluirá.

Existem, porém, outras condições suspensivas indisponíveis para o réu, porque essenciais à constituição do próprio direito de agir. Cumprí-las será imposição necessária do interesse do autor. Assim, por exemplo, o depósito preparatório da ação. O condômino, a quem não se deu conhecimento da venda, poderá, *depositando o preço*, haver para si a parte vendida a estranhos (art. 1139 do Código Civil). Aquí, o depósito integra as condições da ação, dá-lhe possibilidade jurídica. Contudo, não será de mérito a decisão que rejeitar o pedido por falta de depósito, porque a omissão é supérflua dentro do prazo legal de exercício da ação.

Trata-se, porém, de preceito imperativo, cujo desrespeito gera carência, independentemente de qualquer assentimento do réu. Por isto, a exemplo do que acontece com as condições da ação, a matéria pode ser reexaminada até sentença final. Dai a conclusão: Não preclui a interlocutória que rejeitar preliminar baseada em fato suspensivo indisponível para o réu.

9. — Vejamos, agora, os efeitos do despacho que se pronunciar acerca da anulabilidade de um ato.

De acordo com os princípios já assentados, impõe-se a conclusão de que, na ausência de recurso, tal despacho precluirá, em qualquer hipótese.

Se der pela existência do vício, o juiz, ou pronunciará decisão terminativa do processo (na hipótese de desrespeito a compromisso ou a regra estatutária), ou

ordenará o suprimento da omissão (falta de caução ou de pagamento de despesas de processo anterior), seguindo-se despacho terminativo, em caso de desobediência; ou, enfim, anulará o ato isolado, se portador de vício de consentimento.

Nos dois primeiros casos, tratando-se de decisão terminativa, a falta de recurso determina a preclusão. No último, o mesmo efeito decorre da aquiescência do interessado, que opera em matéria disponível, como acontece com toda e qualquer questão relativa à anulabilidade do ato jurídico.

Por este motivo, idêntico resultado é de se atribuir ao despacho que repele a arguição de anulabilidade. O não uso do recurso provoca a preclusão.

10. — A apreciação dos efeitos do despacho saneador decisório não pode ser encerrada sem o exame do tema do saneamento implícito.

Que se entende por decisão implícita?

A doutrina a admite sempre que "a propositura da questão se torne juridicamente incompatível com uma precedente situação processual não mais revogável" (26). "Acham-se implicitamente resolvidas todas as questões cuja solução for logicamente necessária para se chegar ao resultado manifestado na decisão" (27).

LIEBMAN infere, da simples existência do despacho saneador no processo, a decisão implícita de todos

(26) — BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria preclusa al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1927, parte II, pág. 19.

(27) — CARNELUTTI, *Sistema*, vol. I, n.º 92, pág. 272.



os assuntos que ele deveria resolver, por força do art. 294 do C.P.C. (28).

A título de exemplo, podemos figurar duas hipóteses:

- a) declaração genérica de que o processo está saneado, ou que nada há a sanear; e,
- b) simples designação da audiência de instrução e julgamento referida no art. 296, I: "Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador, designará audiência de instrução e julgamento".

Haverá, em qualquer dessas fórmulas, saneamento implícito? Estará preclusa a solução de todas as questões pertinentes ao objeto do despacho saneador?

A pergunta, nestes termos gerais e absolutos, deve ser respondida negativamente. Da mesma forma como os efeitos das decisões explícitas variam de acordo com a natureza da questão, assim também só determinadas questões comportam solução implícita.

As concernentes às condições da ação, à existência de fatos extintivos, ou suspensivos, não se decidem implicitamente no curso do processo, por uma razão muito simples: de um lado, a necessidade de fundamentar a interlocutória; de outro, a possibilidade de o exame da questão vir a depender de prova em audiência. Portanto, o silêncio do juiz a respeito dessas questões, embora levantadas na fase postulatória, deve ser interpretado como recusa a decidi-las antes da sentença final. E' que elas exigem decisão *motivada*. Resolvi-

(28) — LIEBMAN, nota às *Instituições de CHIOVENDA*, vol. I, pág. 524, e *Decisão e Coisa Julgada*, Rev. Forense, vol. 109, pág. 333. Sustenta a mesma tese, no direito português, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo*, págs. 198 e segs.

das ou não, a preclusão somente se concretizará com a sentença final irrecorrida (29). Ai, sim, será possível a decisão implícita da questão prejudicial. Antes, porém, não.

A necessidade da motivação decorre não só do sistema do nosso Código (arts. 280, II; 117; 118, § único; 119), como dos princípios gerais da doutrina. E tão imperiosa é ela, que levou CARNELUTTI, em belíssimo trabalho, a proclamar que a falta de motivação macula o ato decisório do vício de excesso de poder, "non perèhè il giudice si sia attribuito una potestà *che solo il legislatore può concedere, ma che solo il legislatore può esercitare*" (30).

Excluem também qualquer decisão implícita, no curso do processo, as questões concernentes às nulidades absolutas e relativas. Além das razões já expostas anteriormente, contrárias à preclusão de interlocutórias que rejeitem tais nulidades (31), alinham-se os mesmos argumentos, que esfamos analisando.

Em primeiro lugar, a necessidade de motivação, igualmente presente na hipótese. Segundo, a eventual impossibilidade de o juiz decidir a questão da falta do pressuposto, sem realizar a audiência. Saber, por exemplo, se o menor é representado ou assistido por seu verdadeiro pai, na falta ou nulidade de registro, constitui assunto de prova complexa. E' o que acentua ALORIO, ao repelir, para o direito italiano, a teoria da

(29) — MOACYR AMARAL SANTOS, *As condições da ação no despacho saneador*, págs. 106 e 108, no mesmo sentido, afirma que "o despacho que julga saneado o processo não faz necessariamente preclusão quanto à matéria referente às condições da ação".

(30) — CARNELUTTI, *Eccesso dal potere giudiziario per difetto di motivazione*, in *Riv. di Dir. Proc.*, 1947, parte II, págs. 208/218.

(31) — V. n.ºs 5 e 6 deste capítulo.

decisão implícita dos pressupostos, *in medium litis*: "La decisione d'una questione processuale può non essere facile nè spedita, può ocasionare un'istruttoria documentale e testimoniale ricca di fasi e di vicende. (...) Sarebbe offesa dal criterio dell'economia dei giudizi il pensare che questa istruttoria non possa essere pre-disposta contemporaneamente all'istruttoria di merito, ossia con la medesima sentença, con la quale si predispone l'istruttoria di merito" (32).

ODILON DE ANDRADE repele, sem nenhuma distinção, a teoria do julgado implícito, no que se refere ao despacho saneador: "Na prática, porém, vemos diariamente protraírem os juizes a resolução de tais questões para a sentença final, ora por não as considerarem maduras para julgamento, ora por entrelaçadas com o mérito. (...) Pensamos, por isso, que a preclusão só se pode dar em relação às questões expressamente resolvidas pelo despacho saneador, sendo um perigo para o direito das partes fazê-la resultar do silêncio do juiz, que tanto pode significar adiamento como repulsa, ou simples omissão" (33).

Ao contrário, porém, do que sustenta o ilustre professor, é necessário distinguir. Se as questões de mérito, se a existência ou não de fatos suspensivos, se as nulidades absolutas e relativas repelem a possibilidade de decisão implícita no saneador, o mesmo não se poderá dizer das anulabilidades.

Aquí, a inexistência de recurso, quando o juiz declarar genericamente saneado o processo, ou se limitar a designar audiência, implica renúncia tácita à reação

(32) — ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1938, parte II, pág. 251.

(33) — ODILON DE ANDRADE, *Comentários*, vol. IX, pág. 295.

contra a anulabilidade, e esta convalescerá pela omissão do prejudicado, que se manifesta sobre objeto disponível.

As meras irregularidades, os vícios não essenciais, ocorridos na fase inicial do processo, também ficam implicitamente saneados, em virtude de sua própria irrelevância e de se ter ultrapassado o momento oportuno para a correção.

11. — Vimos, no número anterior, que certas questões processuais podem suscitar acesa controvérsia e reclamar prova de alta indagação.

Entre elas, algumas repousam no direito material, como as questões de estado, relativas aos pressupostos processuais subjetivos.

Nada mais natural, portanto, que a dúvida aqui se manifeste: Quando a decisão, ao resolver sobre legitimação processual, afirmar que A é casado com B, ou que C é filho de D, terá ela eficácia da coisa julgada, como se fôra sentença declaratória de estado?

Se vigorasse a concepção de *res judicata* do direito germânico, a resposta seria afirmativa.

O retorno, no caso, da moderna doutrina processual à concepção romana nos conduz, porém, à solução oposta, alicerçada, aliás, em argumentos decisivos, assim expostos por CHIOVENDA:

"Esta opinião (do trânsito material em julgado da interlocutória em exame)... despreza a vontade das partes, as quais, embora disputando a respeito da pre-judicial, não desejam necessariamente que também sobre esta questão — que é meio para o fim de obter o pronunciamento sobre o objeto da demanda — se forme a sentença; para tal fim se requer uma vontade